De simulata oblig.e

11



POR MELCHOR

HVRTADO DE BVSTAMANTE, vezino de la villa de Calahorra, del Marquesado del Cenete.

EN EL PLEYTO

CON

MIGVEL LORENTE, vezino de la villa de Xerez.

Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez, mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1634.

1. LA sentencia de vista en este pleyto pronunciada, es declarar y dar por ninguna la escritura de obligacion que el dicho Miguel Lorente hizo en fauor desta parte, en 19. de Enero del año de 628. por el fundamento vnico que en su demanda propuso, de auerse hecho simulada y fingidamente; y para que en lo aparente obrasse solamente, para efeto de assegurar y defender sus bienes de otros acreedores que en aquel tiempo tenia.

2 ¶ Desta sentēcia tiene suplicado Melchor Hurtado, y pedido que se declare por valido y legitimo el dicho contrato, y que Miguel Lorente sea condenado en las costas, por la calumnia y malicia que descubre su pretēsion, por ser el dicho contrato legitimo en la intencion y consentimiento de ambas partes, y auer tenido causa verdadera, sin que interuiniesse ficcion, ni apariencia en lo exterior, sino antes verdad y sustancia en la obligacion.

3 ¶. Y supuesto que el punto deste pleyto consiste en ver, si Miguel Lorente tiene prouada y verificada en la forma que por derecho se requiere la simulacion pretendida, y la causa della, discurriremos con toda breuedad, haziendo demostracion euidente, por muchos medios y fundamentos ineuitables de la verdad del, hecha escritura, y de como en este negocio, no ay, ni puede auer imaginacion de simulacion: y aunq̃ la materia es lata, se ceñirà el discurso a las verdaderas resoluciones della.

4 ¶ Tres especies de simulacion formò la Iurisprudencia. La primera, quando simuladamente se concibe en contrato, y verdaderamente se celebra otro, de qua simulationis specie

cie loquitur textus in *l. empti fides, C. de contrahend. empt. l. si ex prætio, C. si certum petatur, & totus titulus plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur.* La segunda, quando se haze vn contrato verdadero: de tal manera que se disuelua breuemẽte, de qua est textus in *l. 4. §. si ab ignoto, ff. de manum.* La tercera, quando las partes, aunque realmẽte hazen el contrato, tamen re vera, & ex earũ mente, nihil facere intendunt, vt in *l. nuda, ff. de contrahend. empt. l. imaginaria, ff. de regul. iur. l. simulatæ, ff. de rit. nupt. l. emptor, ff. de aqua plubia arcend. Bart. & Salicet. in l. 1. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur,* quas simulationis species tradit ipse *Bart. cons. 65. num. 3. lib. 1. Paul. de Castr. cons. 74. num. 2. lib. 2. Crauet. cons. 135. num. 13. Mant. de tacit. & ambig. lib. 13. tit. 35. lib. 1. Alexand. Trent. Variar. resolut. lib. 1. sub titul. de simulat. resolut. 1. n. 3.*

5 ¶ Esta tercera, y vltima especie de simulacion dize Miguel Lorente que sucedio en este caso, porque no quiso hazer contrato en q̃ quedasse obligado verè, & realiter, sino solo defender sus bienes de otros acreedores, lo qual considerò el *Cardenal Mantic.* vbi proximè *nu. 2.* ibi: *Et hæc tertia speties, verè & propriè dicitur simulatio, quando quis fingit, & verè nihil agit, quod plerũque fieri solet ad bonorum defensionem, vel aliam ob causam.*

6 ¶ No niega Melchor Hurtado la proposicion que està dicha: antes và con ella: lo que niega es la aplicacion al caso deste pleyto; porque poco importarà que Miguel Lorente al tiẽpo del otorgamiento de la dicha escritura, en su idea fabricasse la ficcion y simulacion que propone, mientras Melchor Hurtado no cõcurrio con el en la misma simulacion, sino que antes ambos a dos en la verdad, y en lo aparente mostraron tener intencion y consentimiento verdadero en lo formal del contrato, quedando Miguel

guel Lorente obligado à la cantidad de la dicha escritura, que en dinero, trigo, y hierro auia recibido del dicho Melchor Hurtado, siendo raguero y oficial de las herrerias de Xerez, como lo dizen y concluyen muchos testigos, en la segunda pregunta de su interrogatorio.

7 ¶ Y es resolucion indubitable de derecho, que para qualquiera de las dichas tres especies de simulacion, es necessario y precisso q̃ concurran ambos contrayentes en la forma del contrato simulado, como se presupone en los textos y dotrinas referidas, & tradit *Bald. in l. vnica, num. 31. C. si seruus extero, Ias. in §. item si quis in fraudem, n. 8. vers. Inter ipsas partes, Inst. de act.*

8 ¶ La razon desto es, porque de la manera que no puede formarse el contrato verdadero, sin el consentimiẽto de dos, ò de muchos, ex *l. 1. ff. de pact. cum alijs similibus:* assi tambien es necessario el mismo concurso de las partes para el contrato simulado, cum contrariorum, aut correlatiuorum, idem sit iuditium, eadem ratio, & doctrina, *l. fin. ff. de accept. l. fin. ff. de indict. viduitat. tolld. l. si quis seruo, C. de furt. l. 1. C. de trans. l. 1. C. de cupresis,* infinitos allegans *Velas. de axiomat. lit. C, num. 235.* Y porque se vera, el contrato simulado tiene su especial naturaleza, en q̃ obra como forma la simulacion, de la misma manera que el consentimiẽto perfeto y verdadero, en el contrato que lo es suyo, que aya mas diferencia entre ambos actos, que la verdad, ò la simulaciõ del mismo consentimiento reciproco.

9 ¶ Quod patet euidenter, discurriendo por las mismas tres especies de simulacion q̃ estan dichas. Porque en la primera, quando se concibe simuladamente vn contrato, y verdaderamente se celebra otro, como para el verdadero, no puede negarse que se requiere la interuencion de los dos contrayentes, si en el que si-

 mula-

muladamente se concibe, no interuiniesse mas que la simulacion del vno, necessariamente auia de quedar el contrato verdadero en su fuerza; porque no puede resoluerse sin el consentimiento de ambas partes; & propterea cesando este consentimiento en la simulacion, el contrato no serà simulado, sino verdadero. Y en la segunda especie, videlicet, quando se haze vn contrato verdadero, para que se disuelua breuemente, es mas preciso lo que està dicho, porque es indiuiduo el consentimiento, y ha de obrar simultanea mente perfeccion, y resolucion del contrato en diuersos tiempos: & sic vtriusque partis consensus quoad vtrumque effectum, necessariò simul requiritur. Y en la tercera y vltima, quando se haze vn contrato imaginario, & re vera contrahentes, nihil facere intendunt, sucede lo mismo, porque supuesto que ambas partes concurren al acto, y que el consentimiento no se aplica a que sea verdadero, necessariamente ha de concurrir en la simulacion el mismo cōsentimiento de ambos contrayentes, porque no tiene otra materia a que aplicarse.

10 ¶ De lo qual resulta, que si otorgandose el contrato, no concurren ambas partes en la simulacion, sino sola la vna, el contrato no puede ser simulado, sino contrato en que alguno de los contrayentes no tuuo verdadero consentimiento, en el qual la simulacion no puede tener essencia, ni forma de contrato, por ser de vno solo, ni podran aplicarse las dotrinas de esta materia.

11 ¶ Conforme a lo referido, no es, ni puede ser para este pleyto el fundamento de la simulacion que de contrario se pretende; porq̃ la especie de simulacion que aqui se propone, y se pretende que ay, es la tercera de las tres que estan dichas; videlicet, la del contrato imaginario,

rio, y no ay testigo, ni genero alguno de prouāça por donde conste si quiera presumptiuamente, que Melchor Hurtado tratasse, ni consintiesse, que fuesse simulada la dicha escritura: ni tãpoco consta por la contextura de la misma prouança (que como despues se fundarà, es de poca consideracion, o ninguna: assi por auer declarado los testigos en virtud de censuras, y no auer dicho sus dichos en este juyzio en la forma que se requiere, como porque aūque cesasse este defeto, no es prouança concluyente) que de parte de Miguel Lorente huuiesse ficcion, ni simulacion alguna en lo que se otorgò, antes consta de lo contrario; porque el testigo que mas se alarga a dezir, es Pedro Martinez de Espejo, que fue instrumental; y dize, que al otorgamiento de la dicha escritura, se hallò presente Melchor Hurtado, y que se tratò de que la dicha escritura fuesse en confiança; pero no dize que la intencion de ambos contrayentes conuiniesse en la simulacion, ni que esto fuesse su resolucion, ni q̃ lo diessen a entender en aquel tiempo a los testigos, ni que assi se pactasse, y protestasse expressamente, quod quidem erat necessarium, vt colligitur ex *Farinat. de falsit. quæst. 162. num. 223. & num. 224.* dicit: *Et eo magis censebitur probata simulatio, quandò inter partes expressè fuit conuentum, & protestatum*; pero todos los demas testigos no dizen del dicho trato, ni que Melchor Hurtado prestasse consentimiento, sino tan solamente de auerle oydo dezir al dicho Miguel Lorente, que andaua buscando vna persona, en cuya confiança pudiesse otorgar vna escritura, sin que dē otra razon. Y Rodrigo de Mançanares, ante quien se otorgò la dicha escritura, testigo presentado por la otra parte: en lo que toca a la simulacion no dize cosa alguna que sea de importancia, como se puede ver de su dicho, que a la letra

letra se referira despues: y es cosa cierta que si huuiera auido algun trato, o conuencion de que la dicha escritura fuera en confiança, ninguna persona lo pudiera saber mejor que el escriuano. Y finalmente de toda la prouança no se puede ajustar, que ambos cõtrayentes conuiniessen, en que la dicha escritura fuesse imaginaria, y para el efeto que la otra parte pretende, antes de las deposiciones de sus testigos (vt inferius patebit) y de la prouança desta parte, y de las cõjecturas y presumpciones de derecho, consta cõ euidencia de la verdad de la dicha escritura, y de la calumnia contraria.

12 ¶ Y el fundamento que està dicho, es mas ineuitable en los terminos de la obligacion que se pretende cabilar; en que es mas precissa la prouança de que ambos contrayentes cõcurriessen simultaneamente en la simulacion, porque el contrato que se celebrò fue inmutuo, y este por su naturaleza no produze obligaciõ ex vtraque parte; sino solamente de parte del que recibe el dinero, que es el que queda obligado, como en la estipulacion, y en los demas de este genero: y si el contrato se huuiesse de juzgar simulado; porque el mutuatario al tiempo de la obligacion en lo interior, no tuuiesse animo de quedar obligado, estaria en su mano hazer que claudicasse el contrato contra regulam textum, in *l. Iulianus, §. si quis, ff. de act. empt. l. si cum dies, §. penultim. ff. de recept. arbit. l. labeo, ff. de verborũ significat.* Y de su mismo hecho vendria a resultar perjuyzio al mutuante, y consiguiera aprouechamiento de su propia malicia, contra *textũ in l. in fundo, ff. de rei vindicat. l. itaque fulo, ff. de furt. cap. cognoscentes de constitut. cap. sedes, cap. plerumque de rescript. cap. intelleximus de iudic.* y se quebrantarian otras reglas y resoluciones de derecho.

13 ¶ Infertur igitur manifeste, que no

auiendo

auiendo (como no ay) prouança alguna, o alomenos que sea suficiente deste trato y conuenció reciproca, y consentimiento simultaneo de ambos contrayentes, que precediesse al otorgamiẽto de la dicha escritura, no ay materia de simulacion, vt est textus expressus (qui in nostri casus spetie loquitur) in *l. is, qui suis nummis* 4. *si ab ignoto, ff. de manumiss.* ibi: *Ab initio enim hoc agi debet, vt imaginaria fiat emptio, & per fidem contractus inter emptorem, & seruum agatur, siue igitur esset actũ, vt suis nummis redimeretur, siue hoc acto nummos seruus non dedit, cessabit libertas*: notabiliter in eadẽ propria spetie *Bald. in l. vnica, num. 31. vers. Illud tamen, C. si seruus extero*, ibi: *Illud tamen est menti tenendum, quod quandocumque nos vocamus imaginariam, istud debet probari actum ab initio, & ideò, si quis facit venditionem, & vult quod sit simulata, debet agi ab initio inter partes, ex eo enim quod ex post facto ageretur, non redderetur simulata, quod est notabile Farinat. de falsitat. & simulat. dict. q. 162. n. 124.*

14 ¶ Y quando en el caso de este pleyto pudiesse auer materia de simulacion (quod tamẽ negamus) la prouança q̃ della tiene la otra parte, es insuficiente por dos medios y fundamentos ineuitables.

15 ¶ El primero es, porque la dicha prouança se hizo en virtud de cẽsuras, despachadas por el ordinario de Guadix, a pedimiento de la otra parte: y assi como testigos examinados coram iudice in competenti, & sine iuramento, & partis nostræ citatione, no merecen credito, ni se deue hazer caso de sus dichos en este juyzio, vt est communi omnium sententia, & resolutio, sic testificant *Campanil. Raudens. Pisana, Bertrãd.* relati à *Barbos. de potest at. Episcop. allegat. 96. n. 36.* ibi: *Ex eo quia huiusmodi testibus fides non adhibetur in his, quæ excitati literis monitorialibus Episcoporum, deposuerunt in curia Ecclesiastica.*

16 ¶ Sin que obste replicar, que estos testigos estan ratificados en este juyzio, porque lo que el derecho reprueua, es vsar de semejante cautela, para atemoriçar testigos ignorantes, y hallar por vẽtura por este medio de cẽsuras, los que no se hallaran por medios ordinarios.

17 ¶ Y tambien es necessario, que en la ratificacion, no solo se les lea su dicho, y se ratifiquen en el, sino que han de dezir de nueuo al tenor de las preguntas del juyzio secular, como sino huuieran dicho en las cẽsuras, vt post *Osasc. decis. 128. n. 13.* quem & alios refert *Lasar. de monitor. sect. 4. quæst. 9. num. 3.* & pro regula constituit *Hostiens. in c. nihil obstat de verb. significat. n. 2. & seqq.* que el testigo examinado en otro fuero, para que haga fee, y se le dè credito a su deposicion entre los litigantes, es necessario que diga de nueuo su dicho, sin que baste referirse al primero, ni ratificarse en el, quem sequuntur ibi: *Ioan. Andreas, n. 3. Butrius, n. 3. & Campan. relatus à Barbos. dict. alleg. 96. nu. 36.* in hæc verba prorumpit, *Quid si in eorum repetitione facta coram iudice sæculari, testes ipsi se remitterent ad propelaciones per eosdem propter monitorias prædictas coram Ecclesiastico iudice facta: huiusmodi enim attestatio prorsus corruet:* Y el mismo *Barbosa* và con esta resolucion, & plenè exornat *Ricc. decis. 378. n. 2. vsque ad fin. tom. 4. inter decis. Curiæ Archiep.* y es cierto, que ninguno de los testigos destas censuras dixo de nueuo en la segunda pregunta del interrogatorio contrario, donde se articula la simulacion, como el derecho lo quiere: con lo qual parece, que aunque no tuuiesse Melchor Hurtado otra defensa que la que està dicha, es bastante para q̃ se juzgue esta prouança, tal qual es, por nula, ex defectu iuridictionis vt fundatum extat.

18 ¶ El segundo medio es, que quãdo sin perjuyzio de la verdad, el defeto que està consi-

derado

derado no se juzgue por bastante, y los testigos contrarios esten examinados legitimamente, no prueuan la simulacion en la forma que se requiere, y tienen sus deposiciones contrariedad manifiesta, y en lo sustancial no dan razon de sus dichos, y padecen otros defetos insanables; y finalmēte no està prouada, ni verificada la causa de la simulacion que se insinua en la demanda; y consiguientemente ay conjecturas y presumpciones y derechos que persuaden y prueuā lo contrario.

19 ¶ Para cuya euidencia presupōgo por regla indubitable, que la verdad del contrato, y del instrumento, se funda en presuncion de derecho, *Bald. in cap. 1. §. instrumentum de not. feud. Socin. cons. 213. num. 7. vol. 2. Dec. cons. 36. solut. 4. Gamm. decis. 45. num. 10. Franc. Marc. decis. 511. n. 1.* & in dubio standum est instrumento, nisi plenis, & concludentibus demostrationibus contrariū apparet, *l. cum pracibus, vbi glos. C. de probat. Beroi. cons. 151. in fin. vol. 1. Cephal. cons. 169. n. 8. Rolan. cons. 100. num. 42. vol. 4.* Y en nuestros terminos es proposicion sabida, que la simulacion no se presume, y que incumbe la carga de prouarla al que la alega, *Anton. Belon. cons. 20. num. 9. & 10. Cæpol. de simulat. contract. n. 84. in fin. vers. Ex quo videtur concludendum, & num. 85. Cephal. cons. 325. num. 16. Honded. cons. 46. num. 1. lib. 1. Caputaq. decis. 421. num. 5. par. 2.* vbi propterea dicit: *Quod omnis alia interpretatio capienda est, quā simulationis, Cardin. Tusch. pract. conclu. 259. num. 1. & seqq. latissimè Farinat. de falsitat. & simulat. quæst. 162. ex num. 34. cum seqq.*

20 ¶ Y presupuesta esta regla (que en la opinion de todos es verdadera) para los medios de prouar la simulacion, deuen considerarse dos casos. El vno, quando se opone y alega por algun tercero, que no auiendo interuenido, ni tenido

nido participació, en ella recibe, ò puede recibir perjuyzio por causa del cótrato simulado. El segundo, quando la simulacion se alega, y opone por el mismo que interuino en ella.

21 ¶ En el primer caso procede la opinion comun de los que dizen, que la simulacion puede prouarse por indicios y conjecturas, aunque sea por instrumento publico, fundada en el *cap. ad nostram de empt. & vendit.* & ex his quæ cógerunt *Mantic. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 122. n. 5. Mascard. de probat. tom. 1. concl. 438. num. 7. Farinat. vbi proximè num. 97. cum pluribus seqq.*

22 ¶ Pero en el segundo caso no procede esta opinion; sed potius es verdadera y comun la contraria: nempè, que la simulacion deue prouarse concluyentemête con prouança regular y plena: ita ex mente omnium distinguit & resoluit *Prosper. Farin. de falsit. dict. quæst. 162. n. 98. & 99.* adonde refiere los que despues alega *eadem quæst. num. 149. Socin. cons. 264. colum. 2. ante medium, versic. Septimo, & vltimo arguitur, & versi. Sed ad præmissa, lib. 1. Bart. cons. 65. in princip. lib. 7. & cons. 81. num. 9. eod. lib. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 13. n. 9. & 10. Aretin. cons. 159. num. 12. Corn. cons. 203. num. 6. lib. 3. Cardin. Tusch. pract. conclus. verbo, simulatio, concl. 260. num. 11. & 12. & concl. 162. num. 8. & 9. & 10. & 23. & num. 28. & concl. 266.*

23 ¶ Y en el caso deste pleyto concurren ambas cosas. La vna, que se alega y opone la simulacion, por la misma parte que dize auerla hecho, que es Miguel Lorente. Y la otra, que no ay prouança plena della, ni menos la ay por conjecturas.

24 ¶ Que no ay prouança de vna, ni otra forma, patet euidenter, discurriendo en particular por las palabras formales de los testigos de la otra parte, que declararon en virtud de las censuras.

Pedro

25 ¶ Pedro Martinez de Espejo, testigo instrumental en el pleyto executiuo, fol. 18. Sabe, *Que en su presencia, y la de Melchor Hurtado, y de Rodrigo de Mançanares, escriuano, y de los demas testigos instrumentales, se trató y concertó, que la dicha escritura se hazia en confiança al dicho Melchor Hurtado, sin deuerle cosa alguna, por assegurar las mulas y demas bienes que el dicho Miguel Lorente tenia, de algunas deudas que le dauan cuydado; y que assi fue publico, y cierto entre los testigos, escriuano, y el dicho Melchor Hurtado, y su muger y hijo, y no por deuda que se le deuia, como lo confessó entonces el dicho Melchor Hurtado.*

26 ¶ Gabriel Alonso, fol. 26. Sabe: *Que el dicho Miguel Lorente no deuio, ni deue al dicho Melchor Hurtado los dichos ochocientos reales que suena la escritura, sino que la verdad es, que el dicho Miguel Lorente por deuer a otras personas, y parecerle persona segura el dicho Melchor Hurtado, le andaua rogando y persuadiendo, que permitiera que en su confiança se hiziesse la dicha escritura, y se hizo; y esto es publico, y lo ha oydo a muchas personas.*

27 ¶ Diego de Hita, Copero, testigo instrumental, fol. 20. Dize: *Que no vio que la obligacion que se hizo cayesse sobre cosa alguna que le dieron al dicho Miguel Lorente, ni que se le diesse otra cantidad de dinero, ni otra especie alguna; ni la parte de Melchor Hurtado estuuo presente. Y ha oydo dezir muchas vezes, que la tal escritura era en confiança, para escusarse de otras deudas que le podian apremiar a la paga. Y que la dicha escritura, assi este declarante, como todos los que tuuieron noticia della, es, y les parece simulada y supuesta, por no tener en ella razon de entrega, de alguna cosa de que resultasse essa deuda: antes sabian, que siendo en fauor de mayordomo, como de su Excelencia, y no auiendo pagado al antecessor vna grande cantidad que deuia, no se le auia de dar a vn hombre pobre.*

28 ¶ Christoual de Sandoual, fol. 20. Di-

xo: *Que antes que se hizo la escritura q̃ Melchor Hurtado pretende cobrar, de cantidad de ochocientos reales, del dicho Miguel Lorente, el susodicho comunicó con este declarante, que queria hazer la tal escritura para amparar sus bienes de vnas deudillas. Y que sabe que esto mismo comunicó con otros, y q̃ efectiuamente hizo eleccion del dicho Melchor Hurtado para ampararse del, y se efetuó la dicha escritura, sin auer sabido, ni entendido que el dicho Melchor Hurtado huuiesse dado cosa alguna al dicho Miguel Lorente, y que esto es publico. Y que es tan pobre el dicho Miguel Lorente, que no le daria sin fiador tanta cantidad, y mas de marauedis de su Excelencia.*

29 ¶ Rodrigo de Mançanares, escriuano, ante quien se otorgó la dicha escritura, fol. 20. a la buelta, Dize: *Que a su parecer deste declarante, que algunos dias antes que otorgara la escritura el dicho Miguel Lorente, en fauor de Melchor Hurtado, le parece que le dixo el dicho Miguel Lorẽte, que le auia de dezir al dicho Melchor Hurtado, que porque se temia de algunas deudas que deuia, auia de hazerle el dicho Melchor Hurtado vna escritura en confiança; pero que no sabe de que cantidad: y esto es la verdad.*

30 ¶ Bien consideradas las deposiciones destos testigos (en caso que su examen sea legitimo) no prueuan, ni concluyen la simulacion pretendida, vt patet sequentibus considerationibus.

31 ¶ La primera, porque siendo principio llano de derecho, que el que alega simulacion de qualquiera de las tres especies que arriba quedan referidas, le incumbe la carga de prouar y verificar concluyentemente la causa della, *l. pactionum, ff. de probat. Ancharr. cons. 227. nu. 2. & est vulgatum consilium Bart. 65. n. 4. Farinat. decis. 237. n. 3. tom. 1. decisionum crimin. & decis. 317. n. 3. eod. tom.* donde resuelue, que la causa de la simulacion, no solo se ha de prouar, pero ha de ser suficiente y verosimil, ibi: *Qui dicit contractum simulatum, probare debet nedum*

dum simulationẽ, sed etiã causam simulationis, eamque probabilem, sufficientem & verosimilem, & decis. 207. num. 1. y en tanto grado es necessaria la verificacion de la causa (dize *Farinat. dict. decis* 237. *n.* 37. que auque aya muchas conjecturas que arguyã simulacion, no se haze caso dellas, no constando de la causa.

32 ¶ La causa que fingio Miguel Lorẽte fue el resguardar sus bienes de acreedores q̃ en aquel tiempo tenia, y aunque es causa suficiẽte y verosimil, no la tiene verificada; porque aũque los testigos dizen que Miguel Lorente tenia deudas, no dizen quales eran los acreedores; y en quanto a esto son de oydas, y no dan razon alguna, ni hasta aora no tiene presentado instrumento, ni testimonio, por donde conste que el fuesse deudor en aquel tiempo de ninguna persona. Y si Miguel Lorente se quiere valer de vna renta que tomò de la Iglesia de Guadix para justificar la dicha simulacion: Respondera Melchor Hurtado, que como cõsta de vn testimonio que està en en este pleyto la dicha obligaciõ en fauor de la dicha Iglesia, se otorgò siete meses despues que la escritura, porque esta se otorgò por Enero de 28. y aquella por Iulio del mismo año, con que no le puede aprouechar, ni seruir de causa que le diesse motiuo para hazer la dicha escritura en confiança.

33 ¶ Y para el conuencimiento de la simulacion y la causa que està dicha, y para que se califique mas la verdad de la dicha escritura: suplico a V. S. repare, que en el mismo tiẽpo que se otorgò la dicha escritura, el dicho Miguel Lorẽte deuia cerca de dos mil reales al dicho Melchor Hurtado, como mayordomo que era de la Duquesa del Infantado: como consta de los instrumentos q̃ estan en este pleyto; como es creible que siendo acreedor esta parte de tan grãde

canti-

cantidad, se auia de poner a otorgar escritura en confiança en su perjuyzio? Y si como pretende la otra parte, la dicha escritura se otorgò para efeto de resguardar y defender sus bienes, cōsiguiendose este mismo efeto en virtud de las escrituras antecedentes (de cuya verdad no se duda) no era necessario el otorgamiento desta escritura en cōfiança, supuesto que auia otras muchas mas anteriores, y de mayor cantidad, y que no padecian cabilacion alguna: demanera que por todos caminos se descubre la verdad de la dicha escritura, y se conuence la simulacion pretendida.

34 ¶ La segunda consideracion resulta, de la variedad y contrariedad manifiesta que ay en los testigos instrumentales, porque Pedro Martinez de Espejo dize, que Melchor Hurtado estuuo presente al otorgamiento dela dicha escritura: y Diego de Hita Copero dize, que no estuuo presente, y esta contradicion en lo sustancial de sus dichos, conforme a derecho, es bastante para que se reputen y juzguen sus deposiciones por falsas, porque como puede compadecerse que Melchor Hurtado estuuiesse ausente al tiēpo del otorgamiento, y q̄ la dicha escritura fuesse simulada, supuesto que para hazerse vn contrato simulado, auian de concurrir ambos contrayentes, prestando consentimiento fingido, vt satis supra fundamentum extat, vndè dicti testes ob prædictam contradictionem fidem non merétur, y no se les dè fee, ni credito, especialmente concurriendo tan euidentes demostraciones de inuerosimilitud, ex *l. ob carmē, §. fin. ff. de testib. cap. quia verosimile de præsumpt. Mascard. plures allegans lib. 3. concl.* 1409. *num.* 8. *& conclus.* 1370. *à num.* 1. *& seqq. Menoch. lib.* 1. *de arbitr. cent.* 5. *cas.* 474. *num.* 59. alios etiam fororens. *Farinat. de testib. q.* 65. *num.* 144. sin que sea de consideraciō,

que

que los testigos sean muchos, porque el numero dellos aunque suele suplir el defeto de las personas, no suple el de la misma deposició, vt ex alijs aduertit *Dec.cons.149.n.36. ad fin. & nu.97. volu.5.* optimé *Hippolyt.Marsil. singular.477. & cons.109. num.6. volum.2. Natt.cons.473.num.22.vol.2.* & in terminis quod in verosimilitudinis, defectus non possit ex testium numero reparari, tradit *Farinat. de testib.q.62.nu.320. & seqq. & q.65.num.147.* vbi alios allegat.

35 ¶ La tercera es, que siédo necessaria prouança regular y plena, vt supra num. fundaui, aqui no la ay ni semiplena, porque todos los testigos, y especialmente Diego de Hita testigo instrumental, en lo que toca a la simulacion dizé de oydas y de publicidad, y se ponen a discurrir y sacar conjecturas, no concluyendo cosa sustácial en lo essencial de la simulació; y si se vee el dicho de Rodrigo de Mançanares (que es el vltimo) escriuano ante quié se otorgò la dicha escritura, se descubre mejor la calumnia de la parte contraria; porque siendo la persona que mejor noticia auia de tener de la dicha simulacion, allegando a ella dize, *que le parece, que Miguel Lorente le dixo, que queria hazer vna escritura para librar sus bienes, pero no sabe de que cantidad.*

36 ¶ La quarta y vltima consideracion serà el fundamento grande que resulta de la prouança que Melchor Hurtado tiene en este pleyto, de que la cantidad contenida en la dicha escritura procedio de auerle ydo dando en diferentes vezes al dicho Miguel Lorente, dinero, y trigo, y otras cosas, como tonguero que auia sido de las herrerias del Duque del Infantado. Y assimismo está prouada la costumbre que ay, de que los mayordomos vayan dando adelátado a los oficiales de las dichas herrerias, assi dinero, como otras cosas que hã me-

neſter para el exercicio en que eſtan ocupados. Y eſtando como eſtà verificado el buen procedimiẽto que ha tenido ſiempre el dicho Melchor Hurtado en todas materias, y ſu Chriſtiandad y nobleza que es notoria, no ſe deue entender, que en tan graue perjuyzio de tercero auia de hazer coſa prohibida por todo derecho.

37 ¶ Y eſtãdo como eſtà eſta prouãça coadjuuada con vn inſtrumento publico, y preſunciõ de derecho y veroſimilitud del hecho deue preferirſe a la prouança contraria, aunque no tuuiera los defectos que tiene, nam in cõcurſu probationum, magis creditur teſtibus etiam pautioribus quorum depoſitiones alijs coniecturis, aut præſumptionibus ſunt adminiculatæ, vt ex vulgari text. *in l. ob carmẽ, §. fin. ff. de teſtibus*, tradit ibi Bald. & eum ſequuntur alij DD. Maſcard. *concl.* 1219. *nu.* 7. & cum multis Farin. *q.* 56. *n.* 129.

38 ¶ Y finalmente ſe concluye eſte papel cõ la doctrina de Bart. *in l. Lucius, ff. de his qui notatur infamia in fin. nu.* 5. donde reſpeto de eſtar el credito de las prouanças puesto en el arbitrio digniſsimo de V. S. *ex l.* 3. *ff. de teſtibus*, resuelue, que ſi de los autos del pleyto reſultaſſen preſunciones baſtantes para perſuadir el animo del Iuez a que los teſtigos no dizen verdad, aunque el caſo eſtè prouado cõ mucho numero dellos, y tal que alias pudieſſen hazer pleniſsima y concluyente prouança deue y puede con ſegura conciencia no darles fee ni credito, y juzgar el pleyto, ſin hazer caſo de la prouança, & Bartulum ſecuntur omnes communiter abſque contradictione, vt post plures tradit Menoch. *de arbit. lib.* 2. *caſ.* 90. *nu.* 5. vbi dicit: *Hoc eſſe ſummopere notãdum, quia poteſt iudex ex cauſa nõ adhibere fidem*: ſequitur Dec. *conſ.* 94. *num.* 1. *& conſ.* 105. *n.* 5 *verſ. Ex quibus patet.* optimè poſt alios Seraph. *de iuram. priuileg.* 38. *nu.* 9.

Ex

Ex quibus, parece ser clara la justicia de Melchor Hurtado, para que este negocio se determine en su fauor, reuocando la sentencia de vista, y condenando a la otra parte en las costas, por ser su pretension calumniosa: Salua in omnibus, &c.

El Doctor Don Iuan de Najera y Vilches.